

VU Research Portal

Diensten tussen frequenties en kansspelen. Contouren van een Europees kader voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen

Wolswinkel, C.J.

published in

SEW Tijdschrift voor Europees en Economisch recht
2009

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Wolswinkel, C. J. (2009). Diensten tussen frequenties en kansspelen. Contouren van een Europees kader voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen. *SEW Tijdschrift voor Europees en Economisch recht*, 57(7/8), 287-299.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Diensten tussen frequenties en kansspelen. Contouren van een Europees kader voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen

120

Mr. drs. C.J. Wolswinkel¹

Als het aantal beschikbare vergunningen beperkt is, dient de overheid een selectie te maken uit de verschillende gegadigden. De Dienstenrichtlijn bevat enkele algemene bepalingen over deze selectieprocedure, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen 'natuurlijke of technische schaarste' en dwingende redenen van algemeen belang. In deze bijdrage wordt de betekenis van deze bepalingen onderzocht door een vergelijking te maken met twee specifieke dienstensectoren: radiofrequenties en kansspelen.

1. Inleiding

Het komt geregeld voor dat de overheid het aantal vergunningen dat voor een bepaalde activiteit verleend kan worden, tevoren heeft beperkt. Kenmerkend voor deze vergunningstelsels is dat de overheid geconfronteerd kan worden met een verdelingsvraagstuk: ze zal een selectie uit de diverse aanvragers moeten maken indien het aantal aanvragers het aantal beschikbare vergunningen overtreft.

In Europese regelgeving lijkt de aandacht voor de wijze waarop dergelijke vergunningen worden verleend, steeds meer toe te nemen. De in 2006 aangenomen Dienstenrichtlijn vormt hiervan een illustratief voorbeeld.² Deze richtlijn bevat algemene bepalingen over de toegang tot en de uitoefening van dienstenactiviteiten en – als onderdeel daarvan – bepalingen voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen.³

Deze laatste bepalingen hebben in de literatuur over de Dienstenrichtlijn totnogtoe weinig aandacht gekregen. Daarom staat in het eerste deel van deze bijdrage de vraag centraal welke bepalingen uit de Dienstenrichtlijn specifiek van belang zijn voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen. Het is van belang te benadrukken dat deze bepalingen slechts betrekking hebben op vergunningstelsels inzake dienstenactiviteiten. Opmerkelijk is dat de Dienstenrichtlijn een nader onderscheid maakt tussen vergunningen waarvan het beschikbare aantal beperkt is door 'natuurlijke of technische schaarste' enerzijds en door dwingende redenen van algemeen belang anderzijds (§ 2).

Het algemene kader dat in de Dienstenrichtlijn wordt gecreëerd voor het verlenen van een beperkt aantal

vergunningen, blijkt een aantal nieuwe vragen op te roepen (§ 3.1). Deze hebben enerzijds betrekking op het onderscheid tussen natuurlijke of technische schaarste en dwingende redenen van algemeen belang: vormt natuurlijke of technische schaarste zelf geen dwingende reden van algemeen belang? Anderzijds hebben deze nieuwe vragen betrekking op de gevolgen die aan dit onderscheid worden verbonden ten aanzien van de selectieprocedure en de vergunningsduur: welke eisen gelden bijvoorbeeld voor de selectieprocedure indien het aantal beschikbare vergunningen beperkt is door dwingende redenen van algemeen belang?

Omdat deze vragen door de Dienstenrichtlijn zelf worden opgeworpen, kunnen ze niet (volledig) beantwoord worden door uitsluitend de Dienstenrichtlijn te analyseren (§ 3.2). In het tweede deel van deze bijdrage wordt daarom mede gekeken naar twee dienstensectoren die van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn zijn uitgezonderd: frequenties en kansspelen. Juist in deze sectoren is geregeld sprake van een beperkt aantal vergunningen, terwijl die beperking bij frequenties voortvloeit uit natuurlijke of technische schaarste en bij kansspelen uit dwingende redenen van algemeen belang. De gedachte achter deze benadering is dat de relevante bepalingen in de Dienstenrichtlijn in zekere zin kunnen worden beschouwd als een veralgemenisering van vergelijkbare bepalingen die reeds in specifieke dienstensectoren zijn ontwikkeld. Een analyse van deze specifieke sectoren kan dus bijdragen aan het beantwoorden van de vragen of 'natuurlijke of technische schaarste' een dwingende reden van algemeen belang is (§ 4), wanneer

¹ Mr. drs. C.J. Wolswinkel is als promovendus verbonden aan de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit te Amsterdam. Hij doet in het kader van het door NWO gefinancierde Toptalent-programma onderzoek naar de verdeling van schaarse vergunningen in juridisch perspectief.

² Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376.

³ Zie voor algemene besprekingen van de Dienstenrichtlijn onder meer: G. Davies, 'The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration', *ELR* 2007, p. 232-245; E. Belhadj, S.J.H. Evans en J.W. van de Gronden, 'De Dienstenrichtlijn: de gebreken van de deugden? Een eerste verkenning van de Dienstenrichtlijn', *SEW* 2007, 71, p. 141-153; A.P.W. Duijkersloot en R.J.G.M. Widdershoven, 'De Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht', *RegelMaat* 2007-5, p. 190-204; E. Steyger, 'De implementatie van de Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht', *NTB* 2008, 1, p. 1-10 (verder: Steyger 2008) en C. Barnard, 'Unravelling the Services Directive', *CML Rev.* 2008, p. 323-394.

een beperking van het aantal vergunningen toelaatbaar is (§ 5), welke eisen aan de selectieprocedure worden gesteld (§ 6) en wanneer de vergunningsduur mag of moet worden beperkt (§ 7). Afgesloten wordt met een conclusie (§ 8), waarin de vraag wordt opgeworpen of aan het algemene kader dat ook buiten de Dienstenrichtlijn blijkt te gelden indien het aantal vergunningen voor een dienstenactiviteit beperkt is, een nog grotere reikwijdte kan worden toegekend.

2. Dienstenrichtlijn

2.1 Een beperkt aantal beschikbare vergunningen

De drie relevante bepalingen voor de verlening van een beperkt aantal vergunningen maken alle deel uit van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn. Dit hoofdstuk heeft betrekking op de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en bevat bepalingen inzake vergunningen en verboden of aan een beoordeling onderworpen eisen. Als 'vergunning' wordt aangemerkt elke 'formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit' (art. 4 sub 6). Als 'eis' wordt onder meer aangemerkt 'elke verplichting, verbodsbepaling, voorwaarde of beperking uit hoofde van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten' (art. 4 sub 7).

Art. 12 heeft betrekking op de *selectieprocedure* en *vergunningsduur* van een specifieke categorie vergunningen waarvan het beschikbare aantal beperkt is:

1. Wanneer het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden, maken de lidstaten een selectie uit de gegadigden volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure.
2. In de in lid 1 bedoelde gevallen wordt de vergunning voor een passende beperkte duur verleend en wordt zij niet automatisch verlengd; evenmin wordt enig ander voordeel toegekend aan de dienstverrichter wiens vergunning zojuist is verlopen of aan personen die een bijzondere band met die dienstverrichter hebben.
3. Onverminderd lid 1 en de artikelen 9 en 10 mogen lidstaten bij de vaststelling van regels voor de selectieprocedure rekening houden met overwegingen die betrekking hebben op de volksgezondheid, de doelstellingen van het sociaal beleid, de gezondheid en de veiligheid van werknemers of zelfstandigen, de bescherming van het milieu, het behoud van cultureel erfgoed en andere dwingende redenen van algemeen belang, in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht.

De reikwijdte van art. 12 is beperkt tot vergunningen waarvan het beschikbare aantal beperkt is 'door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden'. Niettemin kan blijkens de considerans het aantal vergunningen ook

om 'andere redenen' worden beperkt.⁴ Dit blijkt ook uit art. 11 dat betrekking heeft op de *geldigheidsduur* van de vergunning. In het eerste lid van dit artikel wordt gesproken over vergunningen waarvan het beschikbare aantal beperkt is 'door een dwingende reden van algemeen belang':

1. Een aan een dienstverrichter verleende vergunning heeft geen beperkte geldigheidsduur, tenzij in gevallen waar:
 - a. de vergunning automatisch wordt verlengd of alleen afhankelijk is van de voortdurende vervulling van de voorwaarden;
 - b. het aantal beschikbare vergunningen beperkt is door een dwingende reden van algemeen belang; of
 - c. een beperkte duur gerechtvaardigd is om een dwingende reden van algemeen belang.

Art. 11 noch art. 12 gaat echter over de vraag of het aantal vergunningen mag worden beperkt: beide artikelen vooronderstellen de toelaatbaarheid van deze beperking. Uit art. 15 lid 2 sub a jo. lid 3 volgt echter dat een kwantitatieve beperking, dus een beperking van het aantal beschikbare vergunningen,⁵ slechts *toelaatbaar* is voor zover deze voldoet aan de eisen van non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid. Op grond van het discriminatieverbod mag de kwantitatieve beperking direct noch indirect onderscheid maken naar nationaliteit. De eis van noodzakelijkheid houdt in dat de kwantitatieve beperking gerechtvaardigd moet zijn om een dwingende reden van algemeen belang. Verscheidene redenen zijn in de jurisprudentie van het HvJ EG aanvaard als dwingende reden van algemeen belang, zoals openbare orde, volksgezondheid en consumentenbescherming.⁶ In verband met kwantitatieve beperkingen is in het bijzonder van belang dat zuiver economische motieven *niet* als zodanig zijn aanvaard.⁷ De eis van evenredigheid bevat drie elementen: (i) de eisen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken (geschiktheid), (ii) de eisen gaan niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken (proportionaliteit) en (iii) dat doel kan niet met andere, minder beperkende maatregelen worden bereikt (subsidiariteit).

Een beperking van het aantal beschikbare vergunningen kan bestaan uit een *expliciete* kwantitatieve beperking, zoals een monopolieregeling of een andere quotumregeling. In dat geval bepaalt de wettelijke regeling zelf hoeveel vergunningen maximaal verleend kunnen worden. Het aantal beschikbare vergunningen kan echter ook

4 Zie overweging 62 van de Dienstenrichtlijn: 'Deze bepaling [art. 12, CJW] belet de lidstaten niet het aantal vergunningen te beperken om andere redenen dan de schaarste van de natuurlijke hulpbronnen of de technische mogelijkheden. Op deze vergunningen zijn in elk geval de overige bepalingen van deze richtlijn inzake het vergunningstelsel van toepassing [curs. CJW].'

5 Vgl. Europese Commissie, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen 2007, p. 34 (verder: Commissie 2007).

6 Zie voor een niet-limitatieve lijst: art. 4 sub 8 en overweging 40 Dienstenrichtlijn.

7 Zie onlangs nog: HvJ EG 13 september 2007, zaak C-260/04, *Commissie/Italië*, Jur. 2007, p. I-7083, punt 35. Zie hierover ook Commissie 2007, p. 34.

op andere wijzen worden beperkt. Zo kan de beperking impliciet voortvloeien uit een andere kwantitatieve variabele of een territoriale beperking.⁸ Verder kan, indien een vergunning betrekking heeft op het gebruik van een bepaalde natuurlijke hulpbron, de beperkte aanwezigheid van die hulpbron leiden tot een beperking van het aantal beschikbare vergunningen.⁹

Als het aantal beschikbare vergunningen beperkt is, wordt in de literatuur wel gesproken van 'schaarse vergunningen'. Soms wordt deze term in enge zin gebruikt, waarmee alleen vergunningen in de zin van art. 12 Dienstenrichtlijn worden bedoeld.¹⁰ De term wordt echter ook in ruimere zin gebruikt: alle vergunningen waarvan het beschikbare aantal beperkt is, zijn dan schaars, ongeacht de reden van de beperking.¹¹ Om misverstanden te voorkomen, zal het gebruik van de term 'schaarse vergunning' in deze bijdrage worden vermeden. Wel zal soms gesproken worden van een 'geïmiteerd vergunningstelsel' als het aantal vergunningen dat verleend kan worden, beperkt is.

2.2. Extern onderscheid: diensten versus goederen en vergunningen versus concessies

De Dienstenrichtlijn is van toepassing op alle *diensten*, tenzij deze zijn uitgezonderd in de richtlijn (art. 2). Een 'dienst' wordt gedefinieerd als 'elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in art. 50 van het Verdrag' (art. 4 sub 1). Kenmerkend voor diensten is dat de personen van dienstverrichter en dienstontvanger van groot belang zijn.¹² In de literatuur bestaat discussie over de vraag of de Dienstenrichtlijn alleen betrekking heeft op grensoverschrijdende dienstverlening dan wel mede zuiver interne dienstverlening omvat.¹³ Bij de Nederlandse implementatie van de Dienstenrichtlijn is in elk geval als uitgangspunt genomen dat de bepalingen inzake vergunningstelsels ook voor zuiver interne dienstverlening zullen gelden.¹⁴

De Dienstenrichtlijn heeft zowel betrekking op de vrijheid van vestiging (hoofdstuk III) als op het vrije verkeer van diensten (hoofdstuk IV). Waar vrijheid van vestiging permanente dienstverrichting betreft, ziet het vrije verkeer van diensten op tijdelijke dienstverlening.¹⁵ De Dienstenrichtlijn heeft geen betrekking op het vrije verkeer van goederen.¹⁶ Niettemin bestaat in de literatuur discussie over de vraag of de *distributie* van goederen een dienst is.¹⁷ Los daarvan zijn er verschillende vergunningstelsels die zowel betrekking kunnen hebben op het vrije verkeer van goederen als op het vrije verkeer van diensten.¹⁸ Ook is het mogelijk dat aan het vervaardigen van goederen aanvullende diensten zijn verbonden die wél onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen.¹⁹ Om deze redenen zal de Dienstenrichtlijn in de praktijk een bredere uitwerking kunnen hebben dan de 'zuivere' diensten.

Deze overwegingen over de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn zijn onverminderd van belang indien het aantal beschikbare vergunningen voor een bepaalde activiteit beperkt is. Als bijvoorbeeld op een warenmarkt ook diensten worden aangeboden en één uniform vergunningstelsel wordt gehanteerd voor het toewijzen van

standplaatsen, zal dit stelsel aan de eisen van de Dienstenrichtlijn moeten voldoen. Niettemin is de 'klassieke' marktverordening, op basis waarvan individuele standplaatsvergunningen worden toegewezen op de markt, niet getoetst aan de Dienstenrichtlijn: de activiteiten van de standplaatshouders op een warenmarkt betreffen volgens de VNG louter de verkoop van goederen en vallen daarom buiten de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn.²⁰ Om diezelfde reden is de winningsvergunning uit de Mijnbouwwet, die betrekking heeft op het winnen van bepaalde delfstoffen (zoals aardgas), niet aan de Dienstenrichtlijn getoetst.²¹ Mogelijk vormt deze reden ook de verklaring voor het feit dat de exploitatie van hydro-elektrische infrastructuur,²² die aanvankelijk als voorbeeld van een vergunning in de zin van art. 12 Dienstenrichtlijn werd genoemd,²³ uiteindelijk niet is opgenomen in de definitieve versie van de Dienstenrichtlijn: het opwekken van elektriciteit door middel van waterkracht valt dan onder het vrije verkeer van goederen.²⁴

- 8 Voorbeelden betreffen een vergunningstelsel waarin per honderd-duizend inwoners slechts één vergunning wordt verleend respectievelijk een vergunningstelsel waarin een minimale geografische afstand tussen verschillende dienstverrichters wordt voorgeschreven. Zie Europese Commissie, *De toestand van de interne markt voor diensten. Verslag ingediend in het kader van de eerste fase van de internemarktstrategie voor de dienstensector*, Brussel: 30 juli 2002, COM(2002)441, p. 18-19.
- 9 Een voorbeeld betreft de hierna te bespreken opslagvergunning op grond van de Mijnbouwwet.
- 10 Zie bijvoorbeeld: Belhadj, Evans en Van de Gronden 2007, p. 148, Widdershoven en Duijkersloot 2007, p. 191 en Steyger 2008, p. 4 en 6.
- 11 De enige voorwaarde is dus dat er een vergunningplafond geldt, zodat er meer aanvragers dan vergunningen (kunnen) zijn. Zie bijvoorbeeld: F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 2.
- 12 J.W. van de Gronden, *Hervormingen in een dienstbaar Europa*, Deventer: Kluwer 2008, p. 2.
- 13 Zie met verdere verwijzingen: Davies 2007, p. 241-243, Steyger 2008, p. 4, en Barnard 2008, p. 351.
- 14 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 42-43. De reden hiervoor is dat Nederlandse vergunningstelsels (de toegang tot) een dienstactiviteit reguleren zonder (direct) onderscheid te maken naar nationaliteit.
- 15 Omdat Nederlandse vergunningstelsels vaak geen onderscheid maken tussen vestiging en tijdelijke dienstverlening, kunnen de bepalingen uit hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn in de praktijk ook betrekking op het vrije verkeer van diensten (*Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 42-43).
- 16 Zie overweging 76 van de Dienstenrichtlijn.
- 17 Zie hierover het meest expliciet: B. Hessel, 'Gemeenten en de Dienstenrichtlijn (1)', *Gst.* 2007, 28, p. 115-116, en E. Steyger, 'Over boeken, procedures en onbehagen: Aanbestedingsrecht in het onderwijs', *School en Wet* 2008-4, p. 8. Bij de implementatie van de Dienstenrichtlijn wordt uitgegaan van de opvatting dat de verkoop van goederen aan particulieren in een winkel niet onder de reikwijdte van de richtlijn valt (*Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 13).
- 18 Vgl. Hessel 2007, p. 116.
- 19 Barnard 2008, p. 334-335. Zie ook Commissie 2007, p. 14.
- 20 Zie de algemene toelichting op de Marktverordening 2008 (individuele vergunning). Deze is te raadplegen op www.vng.nl.
- 21 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 479, nr. 3, p. 10.
- 22 Zie hierover uitgebreider: P. Sablière, 'La mise en concurrence des concessions de force hydraulique', *AJDA* 2007, p. 2011-2019, in het bijzonder p. 2015.
- 23 Zie overweging 28 van het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, COM(2004)2def.
- 24 Vgl. Barnard 2008, p. 335.

Behalve de verhouding tot het vrije verkeer van goederen, is ook de verhouding tot overheidsopdrachten van belang. Uit de considerans blijkt expliciet dat de Dienstenrichtlijn geen betrekking heeft op overheidsopdrachten voor het verrichten van een specifieke dienst.²⁵ De verhouding tussen vergunningen en overheidsopdrachten is in het bijzonder van belang bij concessieovereenkomsten. Een concessieovereenkomst is in art. 1 lid 4 Aanbestedingsrichtlijn²⁶ gedefinieerd als 'een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs'. De grens tussen vergunningen en concessieovereenkomsten is echter niet altijd duidelijk.²⁷

Concessieovereenkomsten worden nauwelijks door de Aanbestedingsrichtlijn genormeerd.²⁸ Niettemin heeft het HvJ EG bepaald dat uit de bepalingen van het EG-Verdrag inzake het vrije verkeer van diensten volgt dat ook de verlening van concessieovereenkomsten onderworpen is aan de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie.²⁹ In de literatuur is wel opgemerkt dat de bepalingen van art. 12 Dienstenrichtlijn ontleend zijn aan deze jurisprudentie.³⁰ Niettemin vallen concessieovereenkomsten zelf niet onder de Dienstenrichtlijn, daargelaten de vraag of sprake is van schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden.

2.3. Intern onderscheid: 'natuurlijke of technische schaarste'

De Dienstenrichtlijn maakt onderscheid tussen vergunningen die in aantal beperkt zijn door 'schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden' en door 'andere redenen'. Voorbeelden van natuurlijke hulpbronnen zijn grond, water, spectrum en delfstoffen.³¹ De term 'natuurlijke hulpbronnen' komen we tegen in art. 174 EG-Verdrag, waar 'behoedzaam en rationeel gebruik van natuurlijke hulpbronnen' als een van de doelstellingen van het milieubeleid is geformuleerd.

In de Dienstenrichtlijn wordt geen poging ondernomen het begrip 'schaarste' nader te omschrijven. Er bestaat in de literatuur echter geen eenduidig 'schaarste'-begrip. Volgens een gangbare economische definitie is sprake van schaarste indien een goed slechts beperkt beschikbaar is in verhouding tot de mate waarin het in behoeften kan voorzien.³² Onder deze definitie zijn bijna alle goederen (en dus ook bijna alle natuurlijke hulpbronnen) schaars. Dit wordt wel aangeduid als *relatieve schaarste*. Hiertegenover staat *absolute schaarste*. Dit begrip geeft aan dat de hoeveelheid van een bepaald goed fysisch begrensd is.³³

In relatie tot natuurlijke hulpbronnen ligt een absoluut 'schaarste'-begrip voor de hand: de aanwezigheid van natuurlijke hulpbronnen is beperkt en kan niet door menselijk ingrijpen worden uitgebreid. Soms is de natuurlijke hulpbron zelf wel onbeperkt aanwezig, zoals het spectrum, maar is gelijktijdig gebruik van die hulpbron technisch onmogelijk. Deze vormen van schaarste, die kunnen worden aangeduid als natuurlijke

schaarste en technische schaarste, moeten onderscheiden worden van kunstmatige schaarste, waar in principe wel de mogelijkheid bestaat om het aanbod uit te breiden.³⁴ Toch kan ook relatieve schaarste van natuurlijke hulpbronnen van belang zijn. Indien een bepaalde natuurlijke hulpbron voor verschillende toepassingen gebruikt kan worden, moet gekozen worden welke hoeveelheid voor welke toepassing *beschikbaar* is: hoe meer grond of spectrum wordt bestemd voor de ene toepassing, hoe minder overblijft voor de andere toepassing.³⁵ Het enkele feit dat in theorie meer van een bepaalde natuurlijke hulpbron beschikbaar had kunnen worden gesteld voor een bepaalde toepassing (wellicht tot het niveau dat voldoende voorhanden was), neemt de aanwezigheid van schaarste niet weg als daardoor onvoldoende van de natuurlijke hulpbron zou resteren voor andere toepassingen. In een dergelijke situatie is mijns inziens eveneens voldaan aan de voorwaarde van art. 12. Hiertegenover staat dat soms een beperkte hoeveelheid van een natuurlijke hulpbron voor een bepaalde toepassing beschikbaar wordt gesteld, zonder dat die beperkte hoeveelheid verband houdt met de beperkte aanwezigheid van de natuurlijke hulpbron. Het enkele feit dat de vergunning (mede) betrekking heeft op het gebruik van een natuurlijke hulpbron, is dus niet voldoende voor het vervullen van de voorwaarde van art. 12.

Voorts dient bedacht te worden dat schaarste van natuurlijke hulpbronnen een temporeel en geografisch bepaald begrip is, dat in het bijzonder afhangt van de stand van de techniek.³⁶ Door technologische ontwikkelingen kan het beroep dat op een bepaalde natuurlijke hulpbron moet worden gedaan voor een bepaalde toepassing, worden verminderd.³⁷ Het ligt dus voor de hand de schaarste van natuurlijke hulpbronnen en bruikbare technische mogelijkheden in onderlinge samenhang te beoordelen. Niettemin lijkt artikel 12

²⁵ Zie overweging 57 van de Dienstenrichtlijn.

²⁶ Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *PbEU* 2004, L 134/114.

²⁷ Zie reeds de interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht, *PbEG* 2000, zaak C-121/5.

²⁸ Zie art. 17 Aanbestedingsrichtlijn.

²⁹ Zie onder meer HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03, *Coname, Jur.* 2005, p. I-7287, punten 16 en 17.

³⁰ Belhadj, Evans en Van de Gronden 2007, p. 148.

³¹ Zie bijvoorbeeld M.L. Verberne, *Verdeling van het spectrum*, Deventer: Kluwer 2000, p. 55 en 112.

³² G. Montani, 'Scarcity', in: J. Eatwell, M. Milgate en P. Newman (red), *The new Palgrave: a dictionary of economics* (deel 4), Basingstoke: Palgrave 2003, p. 253.

³³ Zie uitgebreider over het begrip 'schaarste' en de verschillende betekenissen die hieraan worden gegeven: S. Baumgärtner, C. Becker, M. Faber en R. Manstetten, 'Relative and absolute scarcity of nature. Assessing the roles of economics and ecology for biodiversity conservation', *Ecological Economics* 2006, p. 487-498.

³⁴ Zie voor verdere verfijningen: J. Elster, *Local Justice. How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens*, Cambridge: Cambridge University Press 1992, p. 21.

³⁵ Dit staat wel bekend als bestemmingsschaarste. Zie voor deze term de Nota Frequentiebeleid, p. 14, bijlage bij *Kamerstukken II* 2004/05, 24 095, nr. 188.

³⁶ Baumgärtner e.a. 2006, p. 493.

³⁷ Zie S.P.A. Brown en D. Wolk, 'Natural Resource Scarcity and Technological Change', *Economic and Financial Review*, 2000-1, p. 2-5.

Dienstenrichtlijn door de uitdrukking 'schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden' de mogelijkheid open te houden dat schaarste van de bruikbare technische mogelijkheden niet noodzakelijk verband houdt met schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen. Er lijkt, althans in Nederland, slechts sporadisch sprake te zijn van vergunningen in de zin van art. 12 Dienstenrichtlijn; bij de implementatie wordt als enige voorbeeld de opslagvergunning uit de Mijnbouwwet genoemd.³⁸ Op grond van deze vergunning is het toegestaan stoffen, zoals aardgas of CO₂, op te slaan onder de grond (art. 25 Mijnbouwwet). Hier is duidelijk sprake van schaarste van de natuurlijke hulpbron: slechts een bepaald aantal locaties is geschikt om stoffen onder de grond op te slaan. Verder wordt bij de implementatie gesteld dat diensten waarbij deze vorm van schaarste aan de orde is, vaak niet onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen. Als voorbeeld worden diensten op het gebied van vervoer genoemd, die in art. 2 sub d Dienstenrichtlijn zijn uitgezonderd.³⁹ Voor deze diensten geldt, evenals voor bijvoorbeeld diensten op het terrein van drinkwater en energie, dat de (technische) eigenschappen van het distributienetwerk grenzen kunnen stellen aan de mogelijkheden om (gelijktijdig) gebruik te maken van een bepaald netwerk. Het bestaan van slechts één netwerk vloeit vaak voort uit het feit dat het economisch niet rendabel is een tweede netwerk aan te leggen. In de literatuur wordt dan gesproken van een natuurlijk monopolie: een bepaalde activiteit kan het meest voordelig door één onderneming worden uitgevoerd. De term 'natuurlijk monopolie' beoogt echter niet aan te geven dat sprake is van schaarste van de natuurlijke hulpbron: er is immers voldoende ruimte in de grond om een tweede netwerk neer te leggen.⁴⁰ Betwijfeld kan dus worden in hoeverre dergelijke diensten daadwerkelijk onder art. 12 Dienstenrichtlijn zouden vallen, daargelaten de vraag of sprake is van vergunningen en niet van concessieovereenkomsten.

Een ander voorbeeld dat de toepassing van het criterium van 'schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen' illustreert, vormt de vergunning op grond van de 'nieuwe' marktverordening om een markt te *organiseren*. De organisatie van een markt wordt aangemerkt als een dienst. Omdat de publieke ruimte voor de markt slechts aan één partij ter beschikking kan worden gesteld en dus slechts één vergunning kan worden verleend, dient de selectieprocedure volgens de VNG te voldoen aan de eisen van art. 12 Dienstenrichtlijn. Hoewel uit de aard van de activiteit, namelijk het organiseren van een markt, voortvloeit dat deze slechts door één instantie kan worden verricht, kan volgens mij *niet* gezegd worden dat het aantal vergunningen beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbron grond. Immers, de omvang van de markt hangt primair af van de omvang van het verzorgingsgebied van de markt en wordt daarom zodanig vastgesteld dat deze aantrekkelijk is voor consumenten.⁴¹

3. Nadere vraagstelling en oplossingsrichtingen

3.1. Nadere vraagstelling

De hierboven geïdentificeerde bepalingen van de Dienstenrichtlijn hebben betrekking op drie elementen: (i) de toelaatbaarheid van een beperking van het aantal vergunningen, (ii) de selectieprocedure en (iii) de vergunningsduur. Uit het onderscheid dat gemaakt wordt tussen 'natuurlijke of technische schaarste'⁴² en andere redenen ter beperking van het aantal vergunningen, blijken in het bijzonder vier vragen voort te komen die met name betrekking hebben op de verhouding tussen de genoemde bepalingen van de Dienstenrichtlijn.

1. IS 'NATUURLIJKE OF TECHNISCHE SCHAARSTE' EEN DWINGENDE REDEN VAN ALGEMEEN BELANG?

Art. 15 Dienstenrichtlijn vereist dat elke kwantitatieve beperking gerechtvaardigd is wegens een dwingende reden van algemeen belang. Ook natuurlijke of technische schaarste zou dus een dwingende reden van algemeen belang moeten zijn. Tegelijk lijkt de Dienstenrichtlijn uit te gaan van een tweedeling tussen natuurlijke of technische schaarste (art. 12) enerzijds en dwingende redenen van algemeen belang (art. 11) anderzijds.⁴³ De considerans van de Dienstenrichtlijn lijkt hierbij aan te sluiten door op te merken dat het aantal vergunningen ook om 'andere redenen' dan de schaarste van de natuurlijke hulpbronnen of de technische mogelijkheden kan worden beperkt. Met deze 'andere redenen' wordt dan kennelijk gedoeld op dwingende redenen van algemeen belang.⁴⁴ In deze interpretatie vormt natuurlijke of technische schaarste dus geen dwingende reden van algemeen belang. Dit is begrijpelijk als wordt verdedigd dat de lidstaten bij dwingende redenen van

³⁸ Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 19. Vanwege deze beperkte reikwijdte wordt art. 12 Dienstenrichtlijn niet in de (algemene) Dienstenwet geïmplementeerd.

³⁹ Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 112.

⁴⁰ In de klassieke betekenis had de term 'natuurlijk monopolie' wél betrekking op de beperkte beschikbaarheid van natuurlijke hulpbronnen. Zie M. Mosca, 'On the origins of the concept of natural monopoly: Economies of scale and competition', *The European Journal of the History of Economic Thought* 2008, p. 322-324.

⁴¹ Zie de toelichting op de marktverordening 2008 (organisatie). Deze is te raadplegen op www.vng.nl.

⁴² Deze term geeft in het vervolg de voorwaarde 'schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden' weer.

⁴³ Overigens is de zinsnede 'door een dwingende reden van algemeen belang' louter ter verduidelijking toegevoegd; art. 11 lid 1 sub b Dienstenrichtlijn had aanvankelijk betrekking op gevallen waarin 'het aantal beschikbare vergunningen beperkt is'. Zie gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, COM(2006)160def.

⁴⁴ Zie in deze zin ook Commissie 2007, p. 28: 'Beperkingen aan het aantal beschikbare vergunningen zijn alleen toelaatbaar als zij worden gemotiveerd door de schaarste van beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden, of wanneer zij worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang [curs. CJW]'. In de Dienstenwet ter implementatie van de Dienstenrichtlijn wordt deze interpretatie gevolgd. Zie Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 111-112.

algemeen belang over een zekere keuzevrijheid beschikken om bepaalde beleidsdoelstellingen te realiseren, terwijl die keuzevrijheid bij natuurlijke of technische schaarste juist ontbreekt. In het licht van art. 15 Dienstenrichtlijn lijkt deze tweedeling echter problematisch.

2. IN WELKE GEVALLEN IS EEN
GELIMITEERD VERGUNNINGSTELSEL
TOELAATBAAR?

Op grond van art. 15 is voor de toelaatbaarheid van een kwantitatieve beperking niet voldoende dat de beperking gerechtvaardigd is door een dwingende reden van algemeen belang. De beperking moet eveneens voldoen aan de eisen van non-discriminatie en evenredigheid. In het bijzonder roept de eis van evenredigheid de vraag op hoe de rechtvaardiging van een beperkt aantal vergunningen zich verhoudt tot de rechtvaardiging van een vergunningstelsel in art. 9 Dienstenrichtlijn.

3. IN WELKE GEVALLEN IS EEN
ONPARTIJDIGE EN TRANSPARANTE
SELECTIEPROCEDURE VEREIST?

Art. 12 vereist in geval van een gelimiteerd vergunningstelsel door natuurlijke of technische schaarste dat een selectieprocedure wordt gehanteerd met alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie. Verder worden specifieke eisen gesteld indien een vergunning opnieuw wordt verleend. De vraag rijst in hoeverre ook bij andere gelimiteerde vergunningstelsels eisen worden gesteld aan de selectieprocedure.

4. IN WELKE GEVALLEN MAG OF MOET DE
GELDIGHEIDSDUUR VAN DE
VERGUNNING WORDEN BEPERKT?

Zowel art. 11 als art. 12 bevat bepalingen over de geldigheidsduur van een vergunning. De verhouding tussen natuurlijke of technische schaarste en dwingende redenen van algemeen belang is van belang voor de vraag in welke gevallen het aantal vergunningen mag of moet worden beperkt.

Zoals gezegd worden deze vragen opgeworpen door de structuur van de Dienstenrichtlijn. De Dienstenrichtlijn zelf geeft dus geen (uitputtend) antwoord op deze vragen. Om die reden is in deze bijdrage ervoor gekozen om twee economische activiteiten buiten de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn te analyseren dat licht zouden kunnen werpen op deze vragen. Het is daarbij van belang dat economische activiteiten uitgekozen worden die sterk gerelateerd zijn aan diensten die wél onder de Dienstenrichtlijn vallen. Enerzijds moet daarom sprake zijn van vergunningen en niet van concessieovereenkomsten. Anderzijds dient dit vergunningstelsel betrekking te hebben op het vrije verkeer van diensten en niet op het vrije verkeer van goederen. Bovendien is het voor de analyse noodzakelijk dat het aantal beschikbare vergunningen voor de ene dienst evident beperkt is door natuurlijke of technische schaarste, terwijl het aantal vergunningen voor de andere dienst evident beperkt is door dwingende redenen van algemeen belang.

3.2. *Oplossingsrichtingen: frequenties en kansspelen*

De twee 'uitersten' die in dit verband worden gekozen, zijn radiofrequenties en kansspelen. Meer specifiek houdt de toekenning van individuele gebruiksrechten (vergunningen) voor radiofrequenties hier verband met het aanbieden van elektronische communicatiediensten; er is dus per definitie sprake van een dienst.⁴⁵ Het HvJ EG heeft uitgemaakt dat ook het aanbieden van kansspelen onder het vrije verkeer van diensten valt.⁴⁶ Beide diensten zijn uitgezonderd van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn (art. 2 sub c en h).

De toekenning van (analoge) radiofrequenties was als voorbeeld van een vergunning in de zin van art. 12 opgenomen in de oorspronkelijke versie van de Dienstenrichtlijn.⁴⁷ In de definitieve versie is dit voorbeeld echter weggelaten nadat was geconcludeerd dat dit terrein was uitgezonderd van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn.⁴⁸ Kennelijk stond de natuurlijke of technische schaarste van het spectrum niet ter discussie.⁴⁹ Het spectrum zelf is als natuurlijke hulpbron eigenlijk niet schaars, maar de mogelijkheden om gelijktijdig en ongestoord gebruik te maken van het spectrum zijn beperkt.⁵⁰ Bij kansspelen is duidelijk geen sprake van schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden.⁵¹

Ook in andere opzichten vormen frequenties en kansspelen tegenpolen van elkaar. Het spectrumbeleid is reeds in vergaande mate geharmoniseerd, onder andere door de Kaderrichtlijn en de Machtigingsrichtlijn. Om die reden zijn voor de toekenning van radiofrequenties reeds specifieke regels ontwikkeld. Op het terrein van kansspelen daarentegen heeft zich nog geen harmonisatie voorgedaan en zijn de Europese kaders voornamelijk door het HvJ EG ontwikkeld.

In het vervolg van deze bijdrage zal per vraag geanalyseerd worden welke aanknopingspunten de terreinen van frequenties en kansspelen geven voor de beantwoording van de betreffende vraag. Gelet op de hierboven besproken benadering blijft de analyse van deze specifieke dienstensectoren noodzakelijkerwijs beperkt tot die onderwerpen waarover de Dienstenrichtlijn

45 Art. 2 sub c Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), *PbEG* 2002, L 108/33.

46 HvJ EG 24 maart 1994, zaak C-275/92, *Schindler*, *Jur.* 1994, p. I-1039, punten 24 en 25.

47 Zie overweging 28 van het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, COM(2004)2def.

48 Zie Verslag van het Europees Parlement over het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt van 15 december 2005, A6-0409/2005.

49 Ook in de Machtigingsrichtlijn worden frequenties als schaars goed ('scarce resources') aangemerkt. Zie overweging 22 van Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, *PbEG* 2002, L 108.

50 Als gevolg van technische ontwikkelingen worden deze mogelijkheden echter steeds groter; de schaarste neemt dus af. Zie P.W.J. de Bijl, 'Radiospectrum zonder schaarste', *ESB* 2005-4460, p. 230.

51 Zie in deze zin ook de noot van J.H. Jans onder ABRvS 18 juli 2007, *AB* 2007, 302.

vragen oproept. Vervolgens worden de bepalingen van de Dienstenrichtlijn in het licht van deze uitkomsten nader geduid.

4. Natuurlijke of technische schaarste als dwingende reden van algemeen belang?

4.1. Frequenties

In de Machtigingsrichtlijn wordt overwogen dat gebruiksrechten niet mogen worden beperkt, tenzij dit onvermijdelijk is in verband met de schaarste van radiofrequenties en de noodzaak om een efficiënt gebruik daarvan te waarborgen.⁵² In verband hiermee bepaalt art. 5 lid 5 Machtigingsrichtlijn dat de lidstaten het aantal te verlenen gebruiksrechten niet beperken, tenzij dat noodzakelijk is om een efficiënt gebruik van radiofrequenties te waarborgen. Met andere woorden: hoewel de schaarste van de natuurlijke hulpbron een noodzakelijke voorwaarde is, is de noodzaak van een *efficiënt gebruik* van die hulpbron uiteindelijk de reden die een beperking van het aantal vergunningen rechtvaardigt. Efficiënt gebruik van een natuurlijke hulpbron zou dus wellicht kunnen worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang.

Uit schaarste van het spectrum volgt bovendien niet direct het aantal beschikbare vergunningen of zelfs de noodzaak van een beperking van het aantal vergunningen. Er kunnen immers mogelijkheden voor gedeeld gebruik zijn.⁵³ Niettemin kunnen de fysische eigenschappen van het spectrum in combinatie met de stand van de techniek wel een ondergrens stellen aan de mate waarin het spectrum kan worden gedeeld. In die zin kan een natuurlijke of technische bovengrens worden gesteld aan het aantal vergunningen dat verleend kan worden. Deze bovengrens wordt echter lang niet altijd gehaald: de vaststelling van het aantal beschikbare vergunningen hangt niet alleen af van *technische*, maar ook van *economische* overwegingen. Een duidelijk voorbeeld betreft de grootte van kavels van radiofrequenties in Nederland voor UMTS-dienstverlening: waar 25 MHz het *technisch* minimum was om deze diensten te kunnen aanbieden, was 35 MHz noodzakelijk voor volwaardige dienstverlening tegen *economisch* verantwoorde kosten.⁵⁴ Andere 'redenen' dan de schaarste zelf zijn dus mede bepalend voor de vraag of en de mate waarin het aantal beschikbare vergunningen wordt beperkt.

4.2. Kansspelen

Redenen die worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een beperking van het aantal vergunningen voor kansspelen zijn het tegengaan van kansspelverslaving, het beschermen van de consument en het tegengaan van illegaliteit en criminaliteit.⁵⁵ In de jurisprudentie van het HvJ EG zijn deze redenen erkend als dwingende redenen van algemeen belang.⁵⁶ In elk geval houden deze dwingende redenen van algemeen belang geen enkel verband met natuurlijke of technische schaarste.

4.3. Algemeen

Ook indien sprake is van schaarste van natuurlijke hulpbronnen, blijven andere overwegingen een rol spelen bij de beperking van het aantal vergunningen. Dit vloeit voort uit het feit dat met de omvang van de schaarste nog niet de omvang van het aantal vergunningen is gegeven. Het is zelfs mogelijk dat ondanks de schaarste het aantal vergunningen niet hoeft te worden beperkt.

De reeds genoemde opslagvergunning laat dat duidelijk zien. Op grond van de voorgestelde art. 32b en 32c Mijnbouwwet kan het gebied waarvoor een opslagvergunning geldt, worden verkleind, mits beide gebieden die resteren na de verkleining zodanig zijn afgebakend dat de uitoefening van de activiteiten uit technisch *en* economisch oogpunt op zo goed mogelijke wijze kan plaatsvinden.⁵⁷ Het aantal vergunningen – of daarmee equivalent: de grootte van elke vergunning – is in geval van schaarste dus niet bij voorbaat gegeven.

Het lijkt al met al problematisch om natuurlijke of technische schaarste als een *reden* voor een beperking van het beschikbare aantal vergunningen te beschouwen. Het is wellicht, ook in verband met art. 15 Dienstenrichtlijn, beter om natuurlijke of technische schaarste als een *feit* te beschouwen dat bepaalde dwingende redenen van algemeen belang 'activeert', die op hun beurt een beperking van het aantal vergunningen rechtvaardigen. De dwingende redenen van algemeen belang die door natuurlijke of technische schaarste worden geactiveerd, kunnen specifiek met die natuurlijke hulpbron verband houden. Gedacht kan worden aan de noodzaak om een efficiënt gebruik van de schaarse natuurlijke hulpbron te waarborgen of om (schadelijke) interferentie te voorkomen. Het is echter ook mogelijk dat 'algemene' dwingende redenen van algemeen belang, zoals openbare orde of openbare veiligheid, door de natuurlijke of technische schaarste geactiveerd worden.

Deze 'algemene' dwingende redenen van algemeen belang kunnen echter ook ter rechtvaardiging van een beperking van het aantal vergunningen worden ingeroepen zonder dat sprake is van natuurlijke of technische schaarste. Indien meerdere dwingende redenen van algemeen belang worden ingeroepen, zal daarom een zekere weging moeten plaatsvinden tussen deze verschillende redenen. Voor zover de dwingende redenen van algemeen belang die door natuurlijke of technische schaarste geactiveerd worden, doorslaggevend zijn voor de beperking van het aantal vergunningen, dient deze

⁵² Zie overweging 11 van de considerans van de Machtigingsrichtlijn.

⁵³ Zie bijvoorbeeld de Nota Frequentiebeleid, p. 25, bijlage bij Kamerstukken II 2004/05, 24 095, nr. 188.

⁵⁴ Kamerstukken II 1999/2000, 24 095, nr. 55, p. 17.

⁵⁵ Zie onlangs nog Kamerstukken II 2008/09, 24 557, nr. 93, p. 1-2.

⁵⁶ Zie onder meer: HvJ EG 24 maart 1994, zaak C-275/92, *Schindler*, Jur. 1994, p. I-1039, punten 57-60, HvJ EG 21 september 1999, zaak C-124/97, *Läärä*, Jur. 1999, p. I-6067, punten 32 en 33, HvJ EG 21 oktober 1999, zaak C-67/98, *Zenatti*, Jur. 1999, p. I-7289, HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01, *Gambelli*, Jur. 2003, p. I-13031, punt 67, HvJ EG 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04, *Placanica*, Jur. 2007, p. I-1891, punt 46 en HvJ EG 13 september 2007, zaak C-260/04, *Commissie/Italië*, Jur. 2007, p. I-7083, punt 27.

⁵⁷ Kamerstukken II 2007/08, 31 479, nr. 2.

vergunning dan onder de bepalingen van art. 12 Dienstenrichtlijn te vallen.

5. Toelaatbaarheid van een beperkt aantal vergunningen

5.1. Frequenties

Evenals in de Dienstenrichtlijn gaat in de Machtigingsrichtlijn de rechtvaardiging van een vergunningstelsel vooraf aan de rechtvaardiging van een beperkt aantal vergunningen: een vergunningstelsel voor radiofrequenties kan gerechtvaardigd worden door het gevaar van schadelijke interferentie (art. 5 lid 1). Alleen de noodzaak van een efficiënt gebruik van radiofrequenties rechtvaardigt vervolgens een beperking van het aantal vergunningen (art. 5 lid 5). De reden die het vergunningstelsel legitimeert, verschilt dus van de reden die een beperking van het aantal vergunningen legitimeert.

5.2. Kansspelen

Hiervoor is reeds aangegeven welke redenen zijn erkend als dwingende redenen van algemeen belang in de context van kansspelen. Ter rechtvaardiging van een wettelijk monopolie op kansspelen is het aanvoeren van dergelijke dwingende redenen van algemeen belang echter niet voldoende. Het HvJ EG heeft namelijk in het arrest *Gambelli* overwogen dat beperkingen op de vrijheid van vestiging, zoals een vergunningstelsel en een beperkt aantal vergunningen, alleen toelaatbaar zijn indien ze hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefte doel te bereiken, niet verder gaan dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is en zonder discriminatie worden toegepast.⁵⁸ De vraag is derhalve of een wettelijk monopolie ook geschikt en noodzakelijk is om de gestelde doelen te bereiken.

Volgens de Afdeling is aannemelijk dat het toelaten van slechts één vergunninghouder niet alleen in hoge mate de controle op de vergunninghouder vereenvoudigt, maar ook voorkomt dat concurrentie tussen vergunninghouders ontstaat die mogelijk leidt tot uitbreiding van gokverslaving.⁵⁹ Betoogd zou echter kunnen worden dat het 'controle'-argument louter een vergunningstelsel rechtvaardigt, maar niet een beperking van het aantal beschikbare vergunningen.⁶⁰ Daarentegen kan het ter voorkoming van concurrentie wél noodzakelijk zijn om het aantal beschikbare vergunningen tot één te beperken. Illustratief is in dit kader de discussie die momenteel gaande is tussen de Europese Commissie en Nederland over het beperken van het aantal vergunningen voor sportprijsvragen.⁶¹ De redenen die door Nederland worden aangevoerd voor het beperken van het aantal vergunningen tot één, zijn dezelfde als die worden aangevoerd ter rechtvaardiging van het uit een vergunningstelsel bestaande kansspelbeleid als zodanig. Hierdoor is niet geheel duidelijk welke redenen (ook) de kwantitatieve beperking rechtvaardigen en welke (louter) het vergunningstelsel.

5.3. Algemeen

Bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van een beperking van het aantal vergunningen, moet dus ten eerste worden nagegaan of de dwingende redenen van algemeen belang daadwerkelijk de beperking van het aantal vergunningen rechtvaardigen of alleen het vergunningstelsel als zodanig. Het kan zelfs zo zijn dat weliswaar sprake is van schaarste van natuurlijke hulpbronnen, maar dat de hierdoor geactiveerde dwingende redenen van algemeen belang slechts algemene regels rechtvaardigen,⁶² zoals een bestemmingsplan waarin uiteenlopende bestemmingen worden toegekend aan de (schaarse) ruimte. Het kan zelfs zo zijn dat andere dwingende redenen van algemeen belang wél een vergunningstelsel of een beperking van het aantal vergunningen rechtvaardigen, maar de door schaarste geactiveerde redenen niet. Een rechtvaardiging van een beperking van het aantal vergunningen staat dus *niet* gelijk aan een rechtvaardiging van een vergunningstelsel of zelfs van een publiekrechtelijke regeling in algemene zin.⁶³

Zelfs als dwingende redenen van algemeen belang een beperking van het aantal vergunningen rechtvaardigen, is hiermee nog niet gezegd dat deze beperking voldoet aan de eis van evenredigheid. Op grond van art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn dient een kwantitatieve beperking niet alleen noodzakelijk, maar ook non-discriminatoir en evenredig te zijn. De eis van evenredigheid omvat drie onderdelen: geschiktheid, proportionaliteit en subsidiariteit. De eerste twee eisen komen nadrukkelijk naar voren in de jurisprudentie inzake kansspelen. Dit geldt in mindere mate voor de eis van subsidiariteit, terwijl juist deze eis van groot belang kan zijn bij de beoordeling van een beperking van het aantal vergunningen: kan het doel niet met andere, minder beperkende maatregelen, zoals een vergunningstelsel zonder kwantitatieve beperking, worden bereikt?

Overigens dient ook bij een vergunningstelsel zelf de vraag naar subsidiariteit nadrukkelijk te worden gesteld. Op grond van art. 9 Dienstenrichtlijn zijn vergunningstelsels alleen toelaatbaar indien (i) ze geen discriminerende werking hebben, (ii) ze gerechtvaardigd zijn om

⁵⁸ HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01, *Gambelli*, Jur. 2003, p. I-13031, punt 65.

⁵⁹ ABRvS 14 mei 2008, LJN BD1483, r.o. 2.15.7.

⁶⁰ Vgl. ABRvS 18 juli 2007, AB 2007, 302 (m.nt. J.H. Jans), r.o. 2.5.8, waar het argument om greep te houden op de markt een automatische verlenging zonder enige vorm van aanbesteding niet rechtvaardigde.

⁶¹ Zie onder meer *Kamerstukken II* 2006/07, 24 557, nr. 77 en *Kamerstukken II* 2008/09, 24 557, nr. 93.

⁶² Zie Van Ommeren 2004, p. 70-71. Vgl. de Taskforce Vereenvoudiging Vergunningen, *Eenvoudig vergunnen. Advies van de Taskforce Vereenvoudiging Vergunningen*, Den Haag: 2005, p. 52. De toedeling van schaarste is volgens de Taskforce een van de 'motieven' die kan noodzaken tot de vaststelling van een publiekrechtelijke regeling, bestaande uit algemene regels of een vergunningstelsel.

⁶³ Dit blijkt bijvoorbeeld uit de reeds genoemde marktverordening (organisatie). In de toelichting op deze marktverordening worden ter rechtvaardiging van het vergunningstelsel de volgende dwingende redenen van algemeen belang genoemd: bescherming van de openbare orde en de volksgezondheid, beperking van de overlast en regulering van het woon- en leefklimaat. Hiermee is echter nog niet gezegd dat deze dwingende redenen van algemeen belang ook een beperking van het aantal vergunningen rechtvaardigen.

een dwingende reden van algemeen belang en (iii) het nagestreefde doel niet door een minder beperkende maatregel kan worden bereikt.⁶⁴ Bij deze laatste eis moet dan vooral worden gedacht aan algemene regels in plaats van individuele vergunningen. Zoals gezegd kunnen algemene regels soms voldoende zijn in geval van natuurlijke of technische schaarste.

6. Transparante en onpartijdige selectieprocedure: verlening en verlenging

6.1. Frequenties

Indien het aantal gebruiksrechten voor radiofrequenties beperkt is, moeten deze radiofrequenties verleend worden via een op mededinging gebaseerde of vergelijkende selectieprocedure.⁶⁵ Verder dienen deze gebruiksrechten te worden verleend op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria.⁶⁶ In de considerans wordt hieraan toegevoegd dat het niet strijdig met de richtlijn zou zijn indien toepassing van deze selectiecriteria ter bevordering van de mededinging ertoe zou leiden dat bepaalde gegadigden worden uitgesloten van de op mededinging gebaseerde of vergelijkende selectieprocedure.⁶⁷ Bij de implementatie van de Machtigingsrichtlijn is opgemerkt dat onder 'op mededinging gebaseerde selectieprocedure' een veiling of een vergelijkende toets kan worden verstaan.⁶⁸ Loting en verlening op volgorde van binnenkomst lijken niet als zodanig te worden aangemerkt. Deze procedures kunnen wel als onpartijdige en transparante selectieprocedure worden aangemerkt.

Wat betreft de verlenging van vergunningen vormt de recente verlenging van twee GSM-vergunningen die in 1995 zijn verleend, een treffende illustratie: weliswaar zijn de vergunningen uiteindelijk met drie jaar verlengd, maar niet nadat de belangen van de vergunninghouders zijn afgewogen tegen die van andere potentiële gegadigden en de verlenging afhankelijk is gesteld van de verplichting een eenmalig bedrag voor het gebruik van die frequentieruimte te betalen.⁶⁹

6.2. Kansspelen

In het arrest *Commissie/Italië* heeft het HvJ EG met een beroep op de jurisprudentie inzake het transparantiebeginsel, zoals ontwikkeld ten aanzien van concessieovereenkomsten, geoordeeld dat het geheel ontbreken van een aanbesteding met het oog op de toewijzing van concessies voor het beheer van paardenwedenschappen niet in overeenstemming is met art. 43 en 49 EG-Verdrag en in het bijzonder niet strookt met het algemene transparantiebeginsel en de verplichting om een passende mate van openbaarheid te garanderen, zodat de concessies worden opengesteld voor de mededinging en de toewijzingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Vervolgens heeft het HvJ EG overwogen dat een dergelijke schending van het algemene transparantiebeginsel alleen toelaatbaar zou zijn indien die beperking gerechtvaardigd is om een dwingende reden

van algemeen belang en bovendien geschikt, proportioneel en non-discriminatoire is.⁷⁰

In bovengenoemd arrest was sprake van een concessieovereenkomst voor diensten en niet van een vergunning. Volgens de Nederlandse Minister van Justitie kan daarom uit deze uitspraak geen algemene aanbestedingsplicht voor de verlening van kansspelvergunningen worden afgeleid.⁷¹ Niettemin is de minister wel van plan om in de toekomst voor bepaalde kansspelvergunningen 'objectieve en transparante gunningsprocedures' te hanteren.⁷² Ook in de jurisprudentie wordt geaarzeld om bovengenoemde invulling van het transparantiebeginsel rechtstreeks op vergunningen toe te passen. Onlangs is daarom de prejudiciële vraag gesteld of de *uitleg* die het HvJ EG heeft gegeven aan art. 49 EG-Verdrag (vrij verkeer van diensten), het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel in de context van concessies, eveneens van toepassing is op de procedure voor het verlenen van een kansspelvergunning in een wettelijk vastgelegd één-vergunningstelsel.⁷³

In Nederlandse jurisprudentie is verder de vraag aan de orde gekomen of kansspelvergunningen zonder enige vorm van 'aanbesteding' mogen worden verlengd. De Afdeling heeft geoordeeld dat in elk geval het belang om greep te houden op de markt, onvoldoende rechtvaardiging biedt voor een dergelijke, automatische verlenging.⁷⁴ Onduidelijk is echter of in andere gevallen de verlenging van de vergunning van een bestaande vergunninghouder zonder dat andere gegadigden de kans krijgen mee te dingen nog wél een geschikt en proportioneel middel zou kunnen zijn ter realisering van dwingende redenen van algemeen belang zoals erkend door het HvJ EG in de context van kansspelen. Hierover zijn momenteel prejudiciële vragen gesteld.⁷⁵

6.3. Algemeen

Indien sprake is van vergunningen waarvan het beschikbare aantal beperkt is door natuurlijke of technische schaarste, dienen lidstaten een selectie uit de gegadigden te maken volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt (art. 12 lid 1). Bij de vaststelling van regels voor de selectieprocedure mag rekening worden gehouden met dwingende redenen van algemeen belang (art. 12 lid 3).⁷⁶ De 'beginselen' van onpartijdigheid en transparantie

⁶⁴ Davies 2007, p. 234, merkt overigens op dat deze bepalingen inzake de vrijheid van vestiging slechts een codificatie zijn van bestaande jurisprudentie van het HvJ EG, o.a. HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94, *Gebhard*, Jur. 1995, p. I-4165, r.o. 37. Ook in het arrest *Gambelli* wordt verwezen naar het arrest *Gebhard*.

⁶⁵ Art. 5 lid 4 Machtigingsrichtlijn.

⁶⁶ Art. 7 lid 3 Machtigingsrichtlijn.

⁶⁷ Overweging 23 van de Machtigingsrichtlijn.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 17 en 98.

⁶⁹ Zie Besluit Verlengbaarheid GSM vergunningen, *Stcrt.* 2007, 64.

⁷⁰ HvJ EG 13 september 2007, *Commissie/Italië*, zaak C-260/04, Jur. 2007, p. I-7083.

⁷¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 24 557, nr. 93, p. 4.

⁷² *Kamerstukken II* 2008/09, 24 557, nr. 93, p. 7.

⁷³ ABRvS 14 mei 2008, *LJN* BD1483, r.o. 2.18.4.

⁷⁴ ABRvS 18 juli 2007, *AB* 2007, 302 (m.nt. J.H. Jans), r.o. 2.5.8.

⁷⁵ ABRvS 14 mei 2008, *LJN* BD1483, r.o. 2.20.2.

⁷⁶ Dit derde lid maakte overigens geen deel uit van de oorspronkelijke versie van de Dienstenrichtlijn.

staan in nauw verband met elkaar en met enkele andere beginselen. Het transparantiebeginsel wordt wel aangemerkt als een logisch uitvloeisel van het beginsel van gelijke behandeling,⁷⁷ waarvan het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en art. 43 en 49 van het EG-Verdrag (vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten) op hun beurt weer een bijzondere uitdrukking vormen.⁷⁸ Ook de eis van onpartijdigheid kan in de sleutel van het beginsel van gelijke behandeling worden geplaatst.⁷⁹

Bovengenoemde beginselen zijn met name uitgewerkt in het aanbestedingsrecht. Meer in het bijzonder heeft het transparantiebeginsel betekenis gekregen voor overheidsopdrachten die niet onder de aanbestedingsrichtlijnen vallen, zoals concessieovereenkomsten. Het HvJ EG heeft in dat kader de verplichting tot transparantie aldus uitgelegd dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor *mededinging* wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op *onpartijdigheid* kunnen worden getoetst.⁸⁰

De vraag lijkt niet zozeer of dergelijke beginselen ook van toepassing zijn op vergunningverlening.⁸¹ Immers, deze beginselen worden afgeleid uit de bepalingen van het EG-Verdrag inzake de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten. Deze bepalingen zijn op zowel vergunningstelsels als concessieovereenkomsten van toepassing. Wel is de vraag gerechtvaardigd of deze beginselen in beide gevallen dezelfde invulling krijgen. Niettemin lijkt de transparantieplichting ook bij de toekenning van een wegens natuurlijke of technische schaarste beperkt aantal vergunningen een zekere ondergrens te bevatten: de eis van een transparante selectieprocedure omvat blijkens art. 12 lid 1 Dienstenrichtlijn met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure. Mede daarom is voor de opslagvergunning momenteel een transparante selectieprocedure voorgesteld, die concurrerende aanvragen mogelijk maakt (art. 26a Mijnbouwwet).⁸² Overigens laat de term 'toereikend' ruimte voor uiteenlopende wijzen van bekendmaking (op lokaal, nationaal of Europees niveau) en impliceert bekendmaking nog geen openbaarheid van de procedure.⁸³

De eis van een transparante en onpartijdige selectieprocedure is weinig richtinggevend. In combinatie met de beleidsvrijheid op grond van art. 12 lid 3, lijkt deze eis geen van de mogelijke selectieprocedures (loting, op volgorde van aanvraag, vergelijkende toets of veiling) bij voorbaat aan te wijzen of uit te sluiten.⁸⁴ Voor specifieke gevallen van natuurlijke of technische schaarste kunnen zwaardere eisen gelden. Zo gaat de Machtigingsrichtlijn een stap verder door voor radiofrequenties een op mededinging gebaseerde of vergelijkende selectieprocedure te eisen.

Het tweede lid van art. 12 Dienstenrichtlijn geeft een nadere invulling aan de beginselen van gelijke behandeling, onpartijdigheid en transparantie. Dat geldt in het bijzonder voor de eis dat een vergunning in de zin van art. 12 niet automatisch wordt verlengd noch enig ander voordeel aan de zittende vergunninghouder wordt toegekend. Een beleid waarbij zittende standplaatshouders steeds kunnen rekenen op jaarlijkse verlenging van hun vergunning⁸⁵ zou dus in strijd zijn met de Diensten-

richtlijn. Omdat een formeel gelijke behandeling van alle gegadigden een voordeel kan toekennen aan de zittende partij,⁸⁶ lijkt mij niet uitgesloten dat de toekenning van een voordeel aan nieuwkomers in de selectieprocedure toegestaan is, bijvoorbeeld door vergunningen voor nieuwkomers te reserveren of de zittende vergunninghouder zelfs uit te sluiten, zoals voor radiofrequenties binnen de kaders van de Machtigingsrichtlijn mogelijk is. Het bovenstaande betekent *niet* dat de selectieprocedure bij andere gelimiteerde vergunningstelsels niet aan de eisen van onpartijdigheid en transparantie zou moeten voldoen. Voor deze vergunningen die in aantal beperkt zijn wegens dwingende redenen van algemeen belang, zijn art. 43 en 49 EG en de daarop gebaseerde beginselen het relevante toetsingskader gebleven wat betreft de selectieprocedure. Het is dus niet onwaarschijnlijk dat ook voor deze vergunningen, zoals ook voor concessieovereenkomsten het geval is, een transparantieplichting moet worden aangenomen. Een uitzondering op die verplichting zou echter nog gerechtvaardigd kunnen

77 HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99, *Succhi di Frutta*, Jur. 2004, p. I-3801, punt III.

78 HvJ EG 8 oktober 1980, zaak C-810/79, *Überschär*, Jur. 1980, p. 2747, punt 16 respectievelijk HvJ EG 5 december 1989, zaak C-3/88, *Commissie/Italië*, Jur. 1989, p. 4035, punt 8.

79 Zie Van Ommeren 2004, p. 47-48.

80 Zie onder andere HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98, *Telaustria*, Jur. 2000, p. I-10745, punt 62, HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03, *Parking Brixen*, Jur. 2005, p. I-8612, punt 49 en HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03, *Coname*, Jur. 2005, p. I-7287, punten 16 en 17. Zie uitgebreider over het transparantiebeginsel: I.J. van den Berge, 'De reikwijdte van het transparantiebeginsel bij de verlening van dienstenconcessies', *NTER* 2005-10, p. 241-245; R.J.G.M. Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 85-93; S. Prechal en M. de Leeuw, 'Dimensions of Transparency, The Building Blocks for a New Legal Principle', *Review of European Administrative Law* 2007, p. 51-61; J.W.A. Bergevoet, 'De toepassing van het transparantiebeginsel bij niet-gereguleerde opdrachten nader beschouwd', *NTER* 2008-4, p. 113-118, en S. Prechal, 'De emancipatie van 'het algemene transparantiebeginsel'', *SEW* 2008, 145, p. 316-322. Zie kritisch over deze jurisprudentie van het HvJ EG: G.W.A. van de Meent, *Zoeken naar El Dorado. Enkele punten van aandacht bij een zich snel ontwikkelend rechtsgebied* (oratie UvA), Amsterdam: 2007, p. 13, die spreekt over het 'creatief priegelen met Europeesrechtelijke beginselen'.

81 Zie reeds de interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht, *PbEG* 2000, C 121/6, die deze beginselen van toepassing acht op iedere handeling van de staat waarbij de voorwaarden voor economische activiteiten worden vastgelegd.

82 Overigens blijkt uit de memorie van toelichting bij de wijziging van de Mijnbouwwet niet dat deze wijziging verband houdt met de Dienstenrichtlijn (*Kamerstukken II* 2007/08, 31 479, nr. 3, p. 10-11 en 15).

83 Zie Widdershoven e.a. 2007, p. 89-90.

84 Dit gegeven vormt naast de beperkte reikwijdte van art. 12 Dienstenrichtlijn de reden dat deze verplichting niet in de algemene Dienstenwet wordt geïmplementeerd. Voor zover aanpassing van regelgeving nodig is, zal dit op sectorspecifiek niveau gebeuren (*Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 4, p. 6-7). Blijkens de memorie van toelichting bij de Aanpassingswet Dienstenrichtlijn is in elk geval op centraal niveau geen aanpassing nodig (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 859, nr. 3, p. 6).

85 Zie in dat kader: ABRvS 24 januari 2000, *JB* 2000/69.

86 Zo kan in een veiling sprake zijn van asymmetrie doordat alleen de zittende partij over bepaalde informatie beschikt die haar in staat stelt een 'beter' bod uit te brengen. Zie M.C.W. Janssen e.a., *Evaluatie Benzineveiling*, Rotterdam: SEOR/ECRI 2008, p. 50-51.

worden door een dwingende reden van algemeen belang (objectieve rechtvaardigingsgrond).⁸⁷ Een beroep op een dergelijke uitzondering is niet meer mogelijk bij vergunningen in de zin van art. 12 Dienstenrichtlijn, omdat harmonisatie ertoe heeft geleid dat geen beroep meer kan worden gedaan op dwingende redenen van algemeen belang buiten het kader van de richtlijn om: de richtlijn is immers het toetsingskader geworden.⁸⁸ Terecht is in de literatuur overigens opgemerkt dat uit art. 12 lid 3 Dienstenrichtlijn mogelijk voortvloeit dat toch kan worden afgeweken van de transparantieplichting.⁸⁹

Uit het voorgaande volgt dus dat ook voor andere vergunningen die in aantal beperkt zijn, zoals de vergunning tot het organiseren van een markt of tot het optreden als straatartiest, dient te worden nagegaan of de selectieprocedure is omgeven met alle waarborgen van onpartijdigheid en transparantie.⁹⁰ Eventuele uitzonderingen hierop zullen nadrukkelijk gemotiveerd moeten worden. Dit geldt ook voor de verlenging van een dergelijke vergunning. Hoewel het tweede lid van art. 12 Dienstenrichtlijn niet geldt voor een beperkt aantal vergunningen als gevolg van dwingende redenen van algemeen belang, zal toch moeten worden nagegaan hoe een eventuele verlenging zich verhoudt tot het vrije verkeer van diensten. Overigens is begrijpelijk dat de Dienstenrichtlijn geen algemene bepalingen voor de verlenging van dergelijke vergunningen bevat, omdat deze vergunningen niet noodzakelijk voor beperkte tijd hoeven te worden verleend en dus niet noodzakelijk voor verlenging in aanmerking komen.

7. Beperkte of onbeperkte geldigheidsduur

7.1. Frequenties

Aan een gebruiksrecht voor radiofrequenties *kan* de voorwaarde van een maximumduur worden verbonden. Deze voorwaarde dient objectief gerechtvaardigd te zijn in relatie tot de betrokken dienst en moet bovendien niet-discriminerend, proportioneel en transparant zijn.⁹¹ Verder bepaalt het tweede lid van art. 5 Machtigingsrichtlijn nadrukkelijk dat *wanneer* lidstaten gebruiksrechten verlenen voor een bepaalde termijn, de duur moet zijn aangepast aan de betrokken dienst.

Er bestaat dus geen verplichting om radiofrequenties voor een beperkte duur te verlenen. Dit is niet verwonderlijk, omdat de bepaling over de geldigheidsduur betrekking heeft op alle gebruiksrechten en niet slechts op gebruiksrechten die in aantal beperkt zijn. Overigens wordt in het huidige voorstel tot wijziging van de Machtigingsrichtlijn, hoewel in art. 5 lid 2 Machtigingsrichtlijn dezelfde tekst wordt gehandhaafd, in de considerans overwogen dat een individueel gebruiksrecht beperkingen inhoudt voor de vrije toegang tot radiofrequenties en daarom *slechts een beperkte geldigheidsduur* mag hebben.⁹² Hiermee wordt kennelijk benadrukt dat een beperkte geldigheidsduur eerder als regel dan als uitzondering moet worden beschouwd.

7.2. Kansspelen

In de hierboven besproken jurisprudentie van het HvJ EG is de geldigheidsduur van kansspelvergunningen nog niet aan de orde gekomen. Dit is wel het geval geweest op nationaal niveau. Op grond van de Wet op de Kansspelen worden sommige vergunningen voor bepaalde tijd en andere vergunningen voor onbepaalde tijd verleend. Voor zover vergunningen voor bepaalde tijd worden verleend, zoals de vergunning voor het organiseren van sportprijsvragen, doet zich na afloop van de geldigheidsduur opnieuw de vraag voor aan wie de vergunning moet worden verleend. Indien de vergunning echter voor onbepaalde tijd wordt verleend, zoals de vergunning voor het organiseren van een casino,⁹³ doet deze vraag zich niet voor.

In de jurisprudentie is de vraag gesteld of het feit dat een vergunning voor onbepaalde duur is afgegeven, gelet op het één-vergunningstelsel, een ongerechtvaardigde belemmering van de toegang tot de Nederlandse casinomarkt vormt. De Afdeling heeft geoordeeld dat hiervan geen sprake is, omdat vergunningverlening voor onbepaalde duur niet uitsluit dat in de toekomst deze vergunning wordt ingetrokken en aan een andere partij wordt verleend.⁹⁴

7.3. Algemeen

Het tweede lid van art. 12 Dienstenrichtlijn bepaalt dat vergunningen in de zin van art. 12 voor een passende beperkte duur worden verleend en niet automatisch worden verlengd. De 'passende beperkte duur' van de vergunning moet blijken de considerans zodanig zijn dat de vrije mededinging niet in grotere mate wordt belemmerd of beperkt dan nodig is met het oog op de afschrijving van de investeringen en een billijke vergoeding van het geïnvesteerde kapitaal.

Wat betreft de geldigheidsduur vormt het tweede lid van art. 12 het complement van art. 11 lid 1 sub b. Uit dit laatste artikel volgt als hoofdregel de verplichting van een onbeperkte geldigheidsduur van de vergunning. Onder bepaalde omstandigheden kan een uitzondering op die verplichting worden gemaakt en is een beperkte geldig-

87 Vgl. HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03, *Coname*, Jur. 2005, p. I-7287, punt 19.

88 Vgl. HvJ EG 5 oktober 1977, C-5/77, *Tedeschi*, Jur. 1977, p. 1555. Zie hierover: Belhadj, Evans en Van de Gronden 2007, p. 142.

89 Zie Belhadj, Evans en Van de Gronden 2007, p. 148.

90 In (de toelichting op) de modelmarktverordening (organisatie) 2008 wordt inderdaad ingegaan op waarborgen van transparantie, zoals een tijdige en algemene aankondiging van de procedure, duidelijkheid omtrent de uitvoering en looptijd van de procedure en bekendmaking van de geselecteerde partij.

91 Zie art. 6 lid 1 jo. Bijlage B Machtigingsrichtlijn.

92 Zie overweging 51 van het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten en 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, COM(2007)697def.

93 Zie art. 2 Beschikking Casinospelen 1996, *Stcrt.* 1997, 248.

94 ABRvS 14 maart 2007, AB 2007, 212, r.o. 2.6.2.3, met een kritische noot hierover van J.H. Jans.

heidsduur toegestaan. Met andere woorden, onder bepaalde omstandigheden *mag* de vergunningsduur worden beperkt. Dit is onder andere het geval indien het aantal beschikbare vergunningen is beperkt door een dwingende reden van algemeen belang. Indien het aantal beschikbare vergunningen echter beperkt is wegens natuurlijke of technische schaarste in de zin van art. 12, *moet* aan de vergunning altijd een beperkte geldigheidsduur worden toegekend.⁹⁵

Voor vergunningen waarvan het beschikbare aantal beperkt is als gevolg van dwingende redenen van algemeen belang, lijkt een onbeperkte geldigheidsduur dus de hoofdregel te zijn. Het zou wellicht systematischer zijn geweest om ook voor deze vergunningen als hoofdregel de verplichting van een beperkte vergunningsduur te formuleren. Anders dan bij vergunningen waarvan het beschikbare aantal beperkt is door natuurlijke of technische schaarste, zou dan een uitzondering op deze verplichting, dus een onbeperkte vergunningsduur, nog mogelijk kunnen zijn indien deze gerechtvaardigd is door een dwingende reden van algemeen belang (cf. art. 11 lid 1 sub c). Hoewel deze benadering niet door de Dienstenrichtlijn wordt voorgeschreven, dient bedacht te worden dat een vergunning met onbeperkte geldigheidsduur, zoals de Nederlandse casinovergunning, weliswaar geen beperking inhoudt voor degene die de vergunning verkrijgt, maar wel voor degene die de vergunning niet verkrijgt, omdat onzeker is of deze laatste persoon ooit nog een dergelijke vergunning zal kunnen verwerven.

Uit enkele voorbeelden blijkt reeds dat de vergunningsduur bij gelimiteerde vergunningstelsels uiteenlopend wordt geregeld. Zo moet de opslagvergunning voor een bepaald tijdvak worden verleend (art. 28 Mijnbouwwet). Ook voor het organiseren van een markt is voorzien in vergunningverlening voor bepaalde tijd. Vergunningen voor individuele standplaatsen op een warenmarkt worden daarentegen voor onbepaalde tijd verleend.⁹⁶ Voor zover de standplaatsvergunningen alleen betrekking hebben op het vrije verkeer van goederen, lijkt deze regeling nog niet problematisch. Dit kan, gelet op art. 12 Dienstenrichtlijn, anders worden als de standplaatsvergunningen ook betrekking hebben op dienstenactiviteiten. Ook in dat geval zal echter eerst nog de vraag moeten worden beantwoord of het aantal beschikbare vergunningen beperkt is door natuurlijke of technische schaarste.

8. Conclusie

Indien het aantal voor verlening beschikbare vergunningen beperkt is, rijzen vragen naar onder andere de selectieprocedure en de vergunningsduur. Hieraan gaat de vraag vooraf of het aantal vergunningen eigenlijk mag worden beperkt. De Dienstenrichtlijn bevat enkele bepalingen die in dit kader relevant zijn, maar roept tegelijk enkele nieuwe vragen op (zie § 3.1). Deze nieuwe vragen komen voort uit het onderscheid dat in de Dienstenrichtlijn wordt gemaakt tussen vergunningen die in aantal beperkt zijn door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden enerzijds en door dwingende redenen van algemeen belang anderzijds. Dit onder-

scheid heeft gevolgen voor de toepasselijke bepalingen inzake selectieprocedure en vergunningsduur.

Ter beantwoording van deze nieuwe vragen is teruggegrepen op twee dienstenactiviteiten die juist zijn uitgezonderd van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn: radiofrequenties en kansspelen. Terwijl het aantal vergunningen voor diensten met behulp van radiofrequenties beperkt is door natuurlijke of technische schaarste, wordt een beperking van het aantal kansspelvergunningen gerechtvaardigd door (andere) dwingende redenen van algemeen belang.

Uit analyse van deze twee tegenpolen blijkt dat de inhoud van de relevante bepalingen van de Dienstenrichtlijn reeds in deze specifieke dienstensectoren zichtbaar is. Dit is niet verwonderlijk, aangezien de bepalingen op het terrein van radiofrequenties en kansspelen op hun beurt een uitdrukking vormen van het vrije verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging uit het EG-Verdrag. De bepalingen op deze terreinen blijken inderdaad van betekenis te kunnen zijn voor het beantwoorden van de vragen die de Dienstenrichtlijn oproept.

Natuurlijke of technische schaarste lijkt als een feit of gegeven te moeten worden opgevat dat dwingende redenen van algemeen belang 'activeert', die op hun beurt een kwantitatieve beperking rechtvaardigen. Deze beperking moet ook voldoen aan de eisen van non-discriminatie en evenredigheid. Als het aantal vergunningen beperkt is door natuurlijke of technische schaarste, *moet* een onpartijdige en transparante selectieprocedure gevolgd worden. Verder *moet* in geval van natuurlijke of technische schaarste een vergunning voor beperkte tijd worden verleend. In geval van gelimiteerde vergunningstelsels wegens (andere) dwingende redenen van algemeen belang zijn uitzonderingen op deze eisen van een onpartijdige en transparante selectieprocedure en een beperkte geldigheidsduur niet uitgesloten, mits deze uitzonderingen zelf gerechtvaardigd worden door een dwingende reden van algemeen belang.

De reikwijdte van de Dienstenrichtlijn is, voor zover in deze bijdrage relevant, beperkt tot gelimiteerde vergunningstelsels inzake dienstenactiviteiten. De betekenis van de Dienstenrichtlijn strekt zich dus niet (rechtstreeks) uit tot gelimiteerde vergunningstelsels betreffende het vrije verkeer van goederen of tot concessieovereenkomsten betreffende diensten. Niettemin hebben al deze stelsels gemeen dat een selectie moet worden gemaakt uit verschillende gegadigden. Om die reden kan de vraag worden opgeworpen of de besproken eisen van een

⁹⁵ Vgl. Commissie 2007, p. 28. Deze interpretatie wordt in art. 32 Dienstenwet gevolgd: op grond van het eerstelid geldt in principe een onbeperkte geldigheidsduur. Een uitzondering op deze verplichting is onder meer mogelijk indien het aantal beschikbare vergunningen beperkt is door een dwingende reden van algemeen belang. Op grond van het vierde lid is het eerste lid niet van toepassing op vergunningen waarvan het aantal beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden. Hieruit zou nog kunnen worden afgeleid dat een dergelijke vergunning voor onbepaalde tijd kan worden verleend. Het naar aanleiding van commentaar van de Raad van State toegevoegde vijfde lid verzekert echter dat in dergelijke gevallen sprake moet zijn van een passende, beperkte vergunningsduur. Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 4, p. 7.

⁹⁶ Zie art. 10 Marktverordening 2008 (organisatie) respectievelijk art. 1 sub c Marktverordening 2008 (individuele vergunning).

onpartijdige en transparante selectieprocedure en een beperkte geldigheidsduur geen bredere strekking hebben. Op het terrein van de kansspelen komt in elk geval naar voren dat de grenzen tussen gelimiteerde vergunningstelsels en concessieovereenkomsten op dit punt mogelijk vervagen. Eveneens zou betoogd kunnen worden dat de eis van een onpartijdige en transparante selectieprocedure *a fortiori* geldt voor vergunningstelsels op het terrein van het vrije verkeer van goederen, aangezien bij goederen de personen van dienstverrichter en dienstontvanger minder van belang zijn. In dat geval blijft dus alleen van belang of de beperking van het aantal vergunningen of concessies voortkomt uit hetzij natuurlijke of technische schaarste hetzij dwingende redenen van algemeen belang.

Bijlage: schema inzake een beperkt aantal beschikbare vergunningen

